

**Comisión 2: Los contratos en la banca personal.**

**Lidia Estela Di Masullo**

**Tte. Ford 1222 Luis Guillón (CP.1838) te.:4-296-4733- cel 15-5-939-7478**

**e-mail: [lidiadima@yahoo.com.ar](mailto:lidiadima@yahoo.com.ar)**

**Instituto de Derecho Comercial “Dr. Angel Mauricio Mazzetti” del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora**

**Cargos indebidos en la tarjeta de crédito y controversias sobre la legitimación procesal a través del fallo “Padec y otro c/Bank Boston N.A. y ot. s/ordinario” de la C.N.A.Com Sala “C”**

**I.- Introducción**

**II.- Los cargos indebidos en los expedientes “Padec y otro c/Bank Boston N.A. y ot s/ordinario**

**1.- La cuestión en Primera Instancia**

**2.- El equilibrio en las contraprestaciones y la información brindada al consumidor**

**3.- Información calificada y verdadera libertad de elección: art 42 de la Constitución Nacional y Ley 24.240**

**4.- La postura adoptada por la Cámara respecto a los cargos indebidos**

**III.- Controversias sobre la legitimación procesal**

**1.- Falta de legitimación activa de la actora P.A.D.E.C .**

**2.- Falta de legitimación pasiva de Visa Argentina S.A.**

**3.- Colofón**

## SUMARIO

- 1.- En Primera Instancia se debatió si los cargos por diferimiento de pago y la tasa aplicable fueron percibidos por la entidad bancaria sin mediar un pacto expreso con el cliente de tarjeta de crédito. En este orden de ideas se analizó si la implementación por el banco del citado cargo se realizó cumpliendo las exigencias del art. 42 de la C.N y de la Ley 24.240.
- 2.- La cuestión se centró en determinar si el usuario de tarjeta de crédito pudo efectuar un “consentimiento reflexivo” previo a obligarse, porque su inexistencia implicaría que hubo un desequilibrio en las contraprestaciones.
- 3.- Para que pueda hablarse de un “consentimiento reflexivo” la información que recibe el usuario de tarjeta de crédito debe ser calificada, es decir reunir las condiciones de: cierta y objetiva, veráz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales del contrato.
- 4.- Las acciones de clase han sido concebidas para canalizar conflictos subjetivamente múltiples que admiten un tratamiento procesal unificado.
- 5.- La entidad bancaria a los fines de determinar la tasa de interés a cobrar debe respetar dos pautas: a.- aquellas derivadas del contrato (sea el contrato inicial o el posteriormente pactado) y b.- aquellas que derivan del I161mite que fija el art.16 de la ley 25.065.
- 6.- Si bien el daño que había sufrido cada sujeto revelaba la existencia de un “interés individual”, ese interés era “cualitativamente idéntico al de los demás” y configuraba la necesaria homogeneidad exigida como primer presupuesto para el ejercicio de la acción de clase y que no obstaba a ello el hecho de que cada cliente hubiera contratado en forma individual con la demandada.
- 7.- Se merituó que la co-demandada Visa Argentina SA además de colocar su marca fue protagonista en la utilización del servicio que generó el daño y que por ello debe considerársela solidariamente responsable.-

## **Cargos indebidos en la tarjeta de crédito y controversias sobre la legitimación procesal Su visión a través del fallo “Padec y otro c/Bank Boston N.A. y ot. s/ordinario” de la C.N.A.Com Sala “C”**

### **I.- Introducción**

Uno de los mayores inconvenientes que han debido enfrentar los usuarios de tarjetas de crédito es la aparición en sus resúmenes de cuenta de ciertos gastos que no se corresponden con el contrato original de la tarjeta o que se contraponen a la normativa vigente. Estos gastos o “cargos indebidos” tienen diversos motivos, entre ellos algunos obedecen la aplicación excesiva de tasas de interés (seguro de vida, costo de financiamiento, etc), otros son el resultado de una equívoca contabilización de las operaciones realizadas por el usuario (cargos por compras inexistentes o contabilizados dos veces, etc), en otras oportunidades derivan de cuestiones de índole administrativa-financiera (envío de resúmenes, cargo por exceso de límite de compra, por gestión de cobranza etc.) , pero sea cual fuere la explicación del banco para justificar su inclusión en los resúmenes de cuenta todos comparten el calificativo de “indebidos”.

La noción que brinda la Real Academia Española sobre la acepción de la palabra indevido /da es: “*que no es obligatorio ni exigible*”(1); ahora bien considerando este concepto ¿cuál es entonces la base para determinar que determinados cargos son inexigibles? La respuesta a esta cuestión se halla muy claramente explicitada en el desarrollo de las sentencias correspondientes los autos “Padec y otro c/Bank Boston N.A. y ot s/ordinario”(2) que merecieron la confirmación de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones Comercial que avaló las expresiones vertidas por la Jueza de Grado sobre este aspecto, quedando entonces definida con exactitud cuál era la base de tal inexigibilidad.

1. adj. Que no es obligatorio ni exigible 2. adj. Ilícito, injusto y falto de equidad.- Vigésima segunda edición del Diccionario de la Real Academia Española.- www. <http://www.rae.es/RAE/>

(2) “Padec y otro c/Bank Boston N.A y ot s/ordinario” acumulado a autos” Padec y otro c/Bank Boston N.A y ot s/ordinario”, CNCOM- SALA C- en elDial.com- AA7C9A el 06/02/2013.

## **II.-Los cargos indebidos en los expedientes “Padec y otro c/Bank Boston N.A. y ot s/ordinario**

### **1.- La cuestión en Primera Instancia**

La Jueza de Grado procedió a la acumulación de los expedientes iniciados en ambos casos por la asociación de consumidores “P.A.D.E.C”. (representando los intereses de los usuarios de tarjetas de crédito), teniendo como co-demandante en uno de ellos al Sr. Carlos E. Vidal y en otro a la Sra. Maria del Carmen Otero; en ambos se reclamaba al Bank Boston N.A. el reintegro de las sumas percibidas en concepto de “cargo por diferimiento de pago e intereses abusivos”, los cuales habían sido comunicados a los usuarios de tarjeta de crédito mediante leyendas insertas en los resúmenes de cuenta.

De una lectura de ambos fallos, que fueron apelados tanto por la parte actora como por las co-demandadas, puede observarse que ya en esa instancia se puso el acento en dejar bien en claro cuál era el eje de la cuestión a dirimir, es decir indagar “por qué esos cargos podrían ser considerados indebidos”; y este énfasis fue necesario no solo para contestar el interrogante previamente propuesto, sino también para responder a los planteos de la parte demandada que en su defensa había manifestado (y comprobado luego mediante la pertinente prueba) por un lado, que las tasas cobradas por el banco en virtud del referido cargo eran similares a otras existentes en plaza y por otro que no había sido ni sumariada, ni sancionada por el B.C.R.A. por exceder el límite en las tasas máximas de interés aplicadas .

Así del Considerando III del fallo al expediente del co-actor Vidal surge que el eje del debate se centró en determinar si tales cargos e intereses fueron “...cobrados por la demandada sin un pacto expreso con el cliente...”<sup>(3)</sup>, esto por cuanto en el libelo de ambas demandas la parte actora se quejó por no haber sido correctamente anoticiada por la entidad bancaria sobre la implementación del cargo y los intereses objetados; de allí entonces que lo que justamente se pretendiera averiguar fuera “...si ha mediado el consentimiento reflexivo que requiere toda modalidad de contrato al que el legislador justamente apunta y cuyo análisis para el consumidor resulta previo a obligarse.”<sup>(4)</sup>

(3)“Padec y otro c/Bank Boston N.A y ot s/ordinario-expte. Nº 095.429”

(4) Considerando III del fallo op. cit. en (3)

Fácil es colegir entonces que, para verificar la existencia o no de ese “*consentimiento reflexivo*”, había que recurrir al examen de la información recibida por el consumidor y para poder calificarla --como apta o no apta para permitir una decisión apropiada-- se necesitaría analizar qué decían al respecto las normas aplicables en materia de información al usuario o consumidor .

## **2.- El equilibrio en las contraprestaciones y la información brindada al consumidor**

Como se dijera previamente, la Jueza de Grado delimitó muy bien la cuestión en crisis al expresar: “...*Nótese además al respecto que no se trata aquí de objetar que el usuario deba cargar con el costo de un servicio que el banco suministre, sino que en tal situación se cumpla el equilibrio de las contraprestaciones recíprocas y el deber de buena fe del proveedor del mismo en los términos de la ley 24.240.-*” (5)

Obsérvese que la sentenciante desplaza el centro de atención de la “acción” en sí misma --cobrar el cargo--, hacia el “**cómo**” se arriba a esa acción. Este desplazamiento hacia el “cómo” es el que permite dirigir la mirada hacia la conformación del consentimiento para poder verificar la existencia o no del “equilibrio” en las contraprestaciones y la calidad de información brindada al consumidor . Porque lo que se busca comprobar es si hubo paridad entre las partes, teniendo en cuenta que lo que este tipo de contrato enfrenta es a un profesional con un inexperto (institución bancaria y consumidor) y que “por vía de la información” se pretende acercar a las partes en sus conocimientos, en procura de arribar a un cierto equilibrio en la relación negocial. De lo dicho se desprende cuán significativas resultan las pruebas relativas a la forma en que se arribó a dicho consentimiento.

Es importante entonces tener presente que el procedimiento comunicacional adoptado por el banco, para anotar a los usuarios sobre la implementación del cuestionado cargo y la

(5) Considerando III del fallo op. cit. en (3)

tasa aplicable, consistió en “insertar una leyenda” en los “resúmenes de cuenta”. De ahí que cuando la Sentenciante de Primer Instancia analizó las diferentes pruebas periciales rendidas (contable, actuaria, en administración de empresas y en economía), recogiendo las expresiones de uno de los peritos, expresó que el usuario de tarjeta de crédito “...*en la mayoría de los casos desconoce el verdadero cargo financiero que le significa su utilización.*”<sup>(6)</sup>. Y es a partir de ahí que, remitiéndose a lo preceptuado en el art. 42 de la Constitución Nacional, destacó la inidoneidad de los resúmenes de cuenta para generar una información que pueda llamarse “apropiada” para generar el aludido “consentimiento reflexivo”.

### **3.- Información calificada y verdadera libertad de elección: art 42 de la Constitución Nacional y Ley 24.240**

Como ya se manifestara, en el punto 1, al advertir S.S. que lo primordial para resolver la causa era determinar si la aplicación de los cargos e intereses *criticados fueron “cobrados por la demandada sin un pacto expreso con el cliente”, su atención se centró en lo dispuesto en el art. 42 de la Constitución Nacional, y en la ley 24.240. Desestacó entonces que la normativa constitucional consagra el derecho de los consumidores a una información “adecuada y veráz” y a la “libertad de elección” entre otros. y en este contexto señaló que “...la determinación y aplicación de intereses y cargos en forma unilateral, sin la debida información previa necesaria..”, y su “...notificación por medio de los resúmenes de cuenta...” resultaba “...inidónea para avalar el cambio sobreviniente en las condiciones originales de contratación,..”<sup>(7)</sup>. Por otra parte, remarcó que la comunicación a través de los resúmenes de cuenta no da cumplimiento a lo preceptuado en el .art. 36 de la ley consumerista, que como bien se sabe exige, bajo pena de nulidad, que se consigne cuál es el costo de la financiación y cómo se integra buscando con ello la posibilidad de permitir que el consumidor pueda hacer su análisis con anterioridad a obligarse. Con sustento en lo expuesto, la sentenciante consideró “...*lesivo a los intereses tutelados por la Constitución Nacional –art 42- el pretender hacer valer la modificación contractual repudiada..*” y que*

(6)Considerando IV del fallo op. cit. en (3)

(7)Considerando IV del fallo op. cit. en (3)

*“...habiéndose acreditado la improcedencia de los cargos que impuso el Bank Boston NA a los usuarios y titulares de tarjeta ...”*(8) correspondía a la entidad bancaria proceder a la restitución de los importes percibidos en concepto de “cargo por diferir pago similares”.-

En base a lo expuesto, es correcto afirmar que la información que debe recibir el usuario no es “cualquier información”, sino aquella que le permita efectuar la debida ponderación de todas las circunstancias relativas al contrato y en base a ella ejercer su “**libertad de elección**” . Por ende, si la información debe tener la claridad necesaria que permita su comprensión (art.4 LDC) y debe reunir las características de ser: “...*cierta y objetiva, veráz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos...*”(9), se trata de una “**información calificada**”. Pero cabe consignar además que la referida información debe complementarse con la noción relativa a su “vigencia”, lo cual conduce a juzgar que éste deber -de brindar una información calificada- , es exigible a lo largo de toda la relación negocial, ya que debe estar presente desde la etapa preliminar al contrato hasta la extinción del mismo.

En tal sentido S.S. expresó que “..este **derecho subjetivo del cliente a la información, debe interpretarse con criterio amplio y hacerse efectivo en toda relación de consumo, desde su origen, durante su vigencia y hasta su extinción, encontrándose tutelado por la CN: 42(conf.CNCom, Sala in re "Podesta,Pedro Miguel c.Banco del Buen Ayre SA s.ordinario" del 30.08.00.”(10)**

Esto obedece a dos razones: en primer lugar porque la información de todas aquellas circunstancias referidas a la prestación en sí y a sus condiciones económicas y jurídicas tiende a facilitar la emisión de un “consentimiento reflexivo” y por tanto dotado de plena eficacia; y en segundo lugar porque aparece como un efecto del contrato tendiente a que el usuario pueda hacer valer sus derechos.

En consonancia con lo expuesto, puede concluirse que la decisión adoptada por la Sentenciante de Grado ha sido ajustada a derecho, en cuanto considera que la información relativa a la implementación del “cargo por diferimiento de pago y tasa aplicable”, comunicada por medio de una leyenda inserta en los resúmenes de cuenta, no cumple con

(8) Considerando VI del fallo op. cit. en (3)

(9) Padec y otro c/Bank Boston N.A y ot s/ordinario-expte. Nº 95.723, Considerando III

(10) Considerando III del fallo op. cit. en (9)

la exigencia de ser una **“información calificada”** que permita o posibilite al usuario el ejercicio de una verdadera **“libertad de elección”**, sino que más bien se erige como una falsa opción que coarta dicha libertad.

#### **4.- La postura adoptada por la Cámara respecto a los cargos indebidos**

La Cámara confirmando lo resuelto en primera instancia, remarca que lo principal es determinar si la conducta desplegada por la entidad bancaria, que determinó la percepción de los cargos e intereses objetados, estuvo ajustada a la normativa que le era aplicable al negocio de tarjeta de crédito. En este aspecto aclara, en lo relativo a la determinación de las tasas de interés que aplica la entidad bancaria, que deben considerarse y respetarse dos aspectos: por un lado las pautas contractuales (sean las iniciales o las posteriormente pactadas), debiendo entonces examinarse si en el contrato se cumplió con la obligación de informar prevista por los arts. 4,19 y 36 de la LDC.; y por otro lado el límite que surge del art. 16 de la Ley 25065. A juicio de la Cámara, y en consonancia con lo decidido en la primera Instancia, se configuró una conducta ilegítima por parte de la entidad bancaria y la misma fue la base de su condena a reintegrar lo percibido como fruto de esa reprochable conducta.

## **II.-Controversias sobre la legitimación procesal**

Con carácter previo al tratamiento de la cuestión sustancial referida a los cargos indebidos, la Cámara trató los temas relativos a las cuestiones procesales que se habían planteado: a- la falta de legitimación activa de la actora P.A.D.E.C planteada por Bank Boston Na y Visa Argentina SA y b.- la falta de legitimación pasiva presentada por Visa Argentina SA . En ambas cuestiones los argumentos expresados fueron precisos y las soluciones aportadas fueron congruentes con la normativa aplicable.

### **1.- Falta de legitimación activa de la actora P.A.D.E.C .**

Para resolver la cuestión, la Cámara tuvo en consideración las pautas elaboradas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Halabi, Ernesto c/P.e.n. s/amparo” y estimó en principio que, de acuerdo a la argumentación vertida en la demanda, la



pretensión deducida se correspondía con las llamadas “ acciones de clase” que son aquellas “... concebidas para canalizar conflictos subjetivamente múltiples que admiten un tratamiento procesal unificado.” (11) . Luego pasó a verificar si se encontraban presentes los tres requisitos exigidos por los magistrados del Alto Tribunal para determinar cuando se está en presencia de “intereses individuales homogéneos de incidencia colectiva” es decir: a.- la existencia de un hecho idóneo para lesionar a una multiplicidad de individuos, que en este caso estaba dado por la existencia de una misma conducta de la entidad (el cobro de los cargos objetados); b.- que la acción está dirigida hacia el reclamo de los “efectos comunes” que la conducta objetada generó sobre los individuos afectados; y c.- que no se justifica un reclamo individual por significar un costo excesivo para el reclamante. La Camarista Dra. Villanueva, reconoció asimismo, que si bien el daño que había sufrido cada sujeto revelaba la existencia de un “interés individual”, ese interés era “*cualitativamente idéntico al de los demás*” (12) y configuraba la necesaria homogeneidad exigida como primer presupuesto para el ejercicio de la acción de clase – referida a intereses individuales homogéneos de incidencia colectiva- y que no obstaba a ello el hecho de que cada cliente hubiera contratado en forma individual con la demandada. Destacó también que la pretensión buscaba “...*alcanzar a aquellos contratos sujetos a idénticas condiciones...*” (13) ; y concluyó, arribando a la misma solución que la Jueza de Grado, que le asistía legitimación activa a la actora P.A.D.E.C. y correspondía rechazar el agravio planteado.

## **2.- Falta de legitimación pasiva de Visa Argentina S.A.**

En el tratamiento de esta cuestión la Cámara se apartó de los argumentos vertidos en Primera Instancia que consideraban que: “ *Visa Argentina S.A. asumió en cada uno de los contratos el carácter de empresa de franquicia, que según definición de la doctrina es la titular del nombre de determinadas tarjetas de crédito que autoriza a distintos emisores a ponerlas en circulación... Consecuentemente, dado que la tarjeta no fue emitida por la empresa de franquicia, los créditos y pagos concernientes a su uso y por ende sus*

11)Fallo CNACom, Sala C, autos “Padec y otro c/Bank Boston N.A y ot s/ordinario” acumulado a autos” Padec y otro c/Bank Boston N.A y ot s/ordinario”, punto III, subitem II.

(12) ídem (11)

(13) ídem (11)

*consecuencias -al menos en el caso- deben quedar limitados a la relación entre emisor y usuario,...*” (14) y con una postura contraria a la adoptada por la Jueza de Grado, resolvió modificar el pronunciamiento apelado y extender la responsabilidad a la co-demandada Visa Argentina S.A. Como punto de partida de su decisión sobre el tema, la Camarista Dra. Villanueva citó y transcribió lo que dice el art 40 de la ley 24.240 y elaboró a partir de allí la argumentación del disenso donde se puso de relieve la relación existente entre las co-demandadas y se subrayó que la misma era “indispensable” para la prestación del servicio. Se enfatizó entonces que la co-demandada Visa Argentina SA “...no solo **puso su marca**, sino que **protagonizó la utilización del servicio que generó el daño reclamado... forzoso es concluir que ella debe considerarse solidariamente responsable.**” (15)

Para abonar aún más esta postura se expresó, tomando como base las enseñanzas de Lorenzetti, que : “...**es lícito imputar pasivamente a productores aparentes: se trata de una legitimación extraordinaria que alcanza a todos los que han tenido alguna posibilidad de identificar al dañador real** (Lorenzetti Ricardo, “Consumidores”, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 536 y ss.) (16) y por ello afirmó que no cabe admitir la pasividad.

Finalmente, y como corolario del razonamiento en discrepancia con lo resuelto en la instancia anterior, se señaló que correspondía extender la responsabilidad a otros sujetos por cuanto, aún en caso de que no hayan contratado directamente con los consumidores, sí hubo una participación de los mismos en la actividad generadora del daño y compartieron un “mismo interés económico” y se remitió a lo decidido por la misma Sala en los autos “Portonaro, Juan Mario c/ Volkswagen SA de Ahorro para fines determinados y otro s/ ordinario” del 14/10/09) donde se dijo que “*Ese nexo funcional que existe entre las distintas empresas económicas es el que permite la expansión de la responsabilidad de quienes concurren a integrar tal organización económica en procura de beneficios.*”

## **Colofón**

Como es dable observar , tanto en los fallos de Primera Instancia como en el fallo de la Cámara, hay una variada riqueza de conceptos y enunciados que posibilitan la formación de

14) Padec y otro c/Bank Boston N.A y ot s/ordinario-expte. N° 095.429” Considerando I

(15) Fallo CNACom, Sala C, autos “Padec y otro c/Bank Boston N.A y ot s/ordinario” acumulado a autos” Padec y otro c/Bank Boston N.A y ot s/ordinario”, punto III, subítem 3

(16) ídem (15)

un adecuado encuadre jurídico que, en el tema puntual de los cargos indebidos nos remite a los postulados constitucionales para configurar la noción y el fundamento de su inexigibilidad; y en lo concerniente a la legitimación procesal –sea activa o pasiva-- busca los lineamientos a seguir, abrevando no solo en las aguas de la normativa legal sino también en las relativas a las construcciones jurisprudenciales para configurar su aceptación o rechazo.